HAL
open science

LES OCCUPANTS DU “ TERRITOIRE CONSTITUTIONNEL ”. Etat des lieux des contraintes jurisprudentielles administrative et européenne pesant sur le Conseil Constitutionnel français

Laurence Burgorgue-Larsen

To cite this version:

Laurence Burgorgue-Larsen. LES OCCUPANTS DU “ TERRITOIRE CONSTITUTIONNEL ”. Etat des lieux des contraintes jurisprudentielles administrative et européenne pesant sur le Conseil Constitutionnel français. 2003. hal-01743287

HAL Id: hal-01743287

https://hal.science/hal-01743287

Preprint submitted on 26 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES OCCUPANTS DU « TERRITOIRE CONSTITUTIONNEL »
Etat des lieux des contraintes jurisprudentielles administrative et européenne pesant sur le Conseil Constitutionnel français*

Laurence BURGORGUE-LARSEN
Professeur agrégé de Droit public à l'Université de Rouen
Directeur du Centre de Recherches et d'Etudes sur les droits de l'homme et le droit humanitaire

Utiliser la métaphore en droit est une technique avérée. Elle a les atouts indéniables de l'explication imagée, instantanément compréhensible. Elle a également les défauts de ses avantages, une simplification outrancière, voire une dénaturation dangereuse de la réalité juridique[1]…Et pourtant, malgré ce dernier écueil, la métaphore guerrière va irriguer l'intégralité de cette communication. L'idée n'est pas de « déclarer la guerre », la guerre « institutionnelle » bien sûr. Il ne faut y voir aucune malice, juste une facilité d'ordre stylistique qui permet de dresser l'état des lieux des rapports entre plusieurs ordres juridiques, entre plusieurs juges lesquels, aujourd'hui, loin d'être retranché dans des bunkers qui seraient la représentation imagée de leur champ de compétence, sont amenés à investir *par la force des choses*, leur champ respectif de compétences. Les territoires ne sont plus clairement délimités ou pour le dire différemment le champ constitutionnel n'appartient pas à un seul « souverain », à un seul juge, le juge constitutionnel. Bref, ce dernier n'est plus souverain en son royaume. Le champ constitutionnel est « occupé » par d'autres... Des barbares ? Des étrangers ? Pas si sûr quand on éclaire le tableau sous un angle historique.

Car enfin le champ constitutionnel, le territoire constitutionnel, pour ne pas dire le « continent constitutionnel »[2] a depuis toujours un juge naturel, le juge ordinaire, plus particulièrement le juge administratif[3]. Bref, le juge administratif, c'est « l'occupant originaire » du territoire constitutionnel qui n'a jamais été une *terrae nullius*, une terre sans maîtres (I).

Or, aujourd'hui, aux côtés du juge administratif[4] qui ne désarme pas et qui entend bien encore affirmer son autorité, qu'il estime naturelle, pour appliquer notamment la Constitution - dans le champ de ses compétences - un nouvel occupant, un vrai barbare celui-là, car

---

* Cet article est la version écrite et quelque peu remaniée d'une communication présentée à Montpellier le 21 mars 2001 dans le cadre d'un Colloque organisé par le professeur Dominique ROUSSEAU sur *Le Conseil constitutionnel en question(s)*.

[1] Pour les dangers de l'utilisation de certains concepts ou de certaines métaphores en droit, *v.* la très intéressante analyse de J-M BLANQUER au sujet de la notion de bloc de constitutionnalité, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », Paris, *Mélanges Robert*, pp.227-239.

[2] Cette expression est celle du Professeur Dominique ROUSSEAU utilisée pour traiter de « l'autonomie constitutionnelle et du juge constitutionnel », à l'occasion du Colloque de Toulouse des 21-22 février 2001, organisé par les Doyens ROUSSILLON et AMOR sur le thème général de « *L'autonomie constitutionnelle aujourd'hui* ».

[3] Il a été décidé d'axer délibérément l'analyse sur le juge administratif, sans exclure cependant, quand cela s'avère nécessaire, la jurisprudence du juge judiciaire.

[4] La question se pose également s'agissant du juge judiciaire. Pour une étude très fouillée de la question, v. B. DE LAMY, « Les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel ? », *Revue du Droit public,* n°3-2002, p.781-820.

totalement étranger au territoire national, a clairement démontré que l'invasion du champ constitutionnel, pour ne pas dire sa soumission, n'était plus une hypothèse, mais bien une réalité stratégique : c'est le juge européen, celui de Strasbourg, qui contrôle toutes les autorités constituées, jusqu'au gardien suprême de la Constitution. L'occupation, ici, est dérivée de la volonté initiale de l'Etat lequel, en signant et ratifiant la Convention, a accepté de se soumettre au contrôle du juge européen[5]... qui, face aux souverains administratif et constitutionnel, apparaît tel une sorte d'empereur (II) !

I. L' « occupant originaire » du territoire constitutionnel : le juge administratif

Le juge administratif est partout. Il a magistralement investi le champ constitutionnel. Si certaines modalités de son intervention sont révolutionnaires (B) car résolument nouvelles, d'autres sont plus classiques (A) et découlent de l'histoire jurisprudentielle française.

A. Les modes « classiques » de « l'occupation ».

Du point de vue chronologique, il est loisible de constater deux modes classiques d'occupation du territoire constitutionnel. Celui qui se manifeste par l'application de la Constitution (1), renforcé depuis par une modalité plus récente : l'application des traités internationaux, au premier chef l'application de la Convention européenne (2).

1. L'occupation historique : *l'application de la Constitution.*

L'occupation historique se caractérise par une *occupation naturelle* qui, par la force des choses, découle des compétences du juge administratif. En effet, dans le cadre de ses compétences, autrement dit sur son territoire de prédilection - le contrôle de légalité des actes administratifs - il ne peut ignorer la Charte suprême de l'ordre juridique, la Constitution. S'il ne contrôle pas la constitutionnalité de la loi, car telle n'a pas été la volonté du souverain, autrement dit du pouvoir constituant, il n'en applique pas moins la Constitution.

« Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution » rappelait récemment Bruno Genevois[6]. Ceci est clair et n'a jamais été démenti par la jurisprudence, antérieure et postérieure à 1958. « En France, le juge ordinaire s'interdit, tant par voie d'action que par voie d'exception, de procéder au contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi[7] », sensée être parfaite le jour de sa promulgation. Ainsi, incompétent pour examiner une requête en inconstitutionnalité dirigée contre la loi, il rejettera, tout comme la Cour de Cassation[8], tout moyen d'inconstitutionnalité[9]. De même, arc-bouté sur la théorie de la loi-écran, il refusera d'examiner le moyen d'illégalité tiré de la contrariété d'un règlement, pris

---

[5] Bien que l'article ne soit pas centré sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, certaines incursions dans la jurisprudence communautaire ne manqueront pas d'avoir lieu le cas échéant.

[6] GENEVOIS B., «Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFD adm.*, n°4, 2000, pp.715-724.

[7] GOHIN O., « Le Conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *RFD adm.*, n°6, 2000, pp.1175-1188.

[8] C.Cass. crim, 11 mai 1833, Paulin, *S.* 1833. 1. 357

[9] CE 23 mai 1901, *Delarue, Rec.*, p.481

en application d'une loi, à la Constitution. ; son examen ne pouvant que le conduire par ricochet à examiner la constitutionnalité de la loi[10].

Toutefois, on sait également que la Constitution est « une norme que le Conseil d'Etat ni ne peut ni ne veut ignorer »[11] dans le contrôle qui est le sien, qui relève de sa compétence, et qu'il lui appartient d'exercer sur les règlements, notamment en tant que juge de l'excès de pouvoir. Là encore, depuis les origines de sa création, il en va ainsi. Est-il besoin de rappeler ici que c'est le Conseil d'Etat qui a fait vivre le premier les Préambules des Constitutions et la Déclaration de 1789 ? Lui qui leur a octroyé l'onction de la positivité ? Bref, le Conseil d'Etat n'a pas attendu, et la création du Conseil constitutionnel en 1958, et encore moins la décision du 16 juillet 1971 pour découvrir la « normativité » de la Constitution et des proclamations de droit y afférentes. Et de reconnaître au fil de ses décisions une valeur juridique aux *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*[12] comme aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*[13] du Préambule de 1946 ou encore à la Déclaration de 1789[14]. C'est bien le Conseil d'Etat qui découvrait que les Préambules et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen étaient plus que de simples textes programmatoires, qu'ils étaient un terreau exceptionnel de définition et de protection des libertés fondamentales.

Alors, quand le Constituant décide de créer le Conseil constitutionnel en 1958, mais uniquement pour être un rouage de plus, un rouage implacable de la rationalisation du parlementarisme, le Conseil d'Etat ne frémit pas. Fidèle à ses principes, il continue de « mettre en œuvre » le texte guide, le texte phare, le texte de référence : la Constitution. L'osmose interprétative entre les jurisprudences administrative et constitutionnelle qui mettent en œuvre toutes les deux, à leur manière, la Constitution, est aisée avant le « réveil », pour ne pas dire la « naissance », du Conseil en 1971. L'occupation du champ constitutionnel par deux titulaires possédant l'un et l'autre des titres de souveraineté – le contrôle de légalité des actes administratifs pour l'un ; le contrôle *a priori* et abstrait de la constitutionnalité de la loi pour l'autre - est une occupation « pacifique ». L'occupation du terrain constitutionnel par les deux juges se présente déjà comme plus délicate à partir de 1971 quand le Conseil constitutionnel décide de prendre son destin à bras le corps. D'emblée, il apparaît comme « l'occupant naturel » du champ constitutionnel, lui qui se découvre gardien des libertés fondamentales telles que recensées dans le désormais fameux « bloc de constitutionnalité »[15] au sein duquel la Déclaration de 1789 brille de tous ses feux.

Partant, un délicat partage de frontières se met en place. Tantôt, cette démarcation est marquée par une *coexistence pacifique* où les juges dialoguent et évitent l'affrontement. Tantôt, des *litiges frontaliers* prennent corps, le Conseil d'Etat, au regard de son titre originaire à occuper le champ constitutionnel, ne voulant pas abdiquer cette prétention qu'il estime naturelle, car historique : mettre en œuvre la Constitution, quitte à ce que cela soit « à sa manière ».

---

[10] CE, Sect., 10 juillet 1954, *Fédération des conseils de parents d'élèves, Rec*., p.499 ; CE, 25 novembre 1998, *M. Cottet* ; CE, 28 juillet 1999*, Griesmar*, *RFD adm*. 1999, p.1121 ; CE, 4 février 2000, *EPAD*, *RFD adm*. 2000, p.474 ; CE, 28 juillet 2000, *MM. Bonnet et Mégret*.

[11] GOHIN O., *op.cit*., p.1177.

[12] CE, Ass.,7 juillet 1950*, Dehaene,* (*Rec*., p.426) pour le droit de grève.

[13] CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris,* (*Rec*., p.317) pour la liberté d'association.

[14] CE, 7 juin 1957, *Condamine, R.D.publ*. 1958.98, note WALINE.

[15] Bloc de constitutionnalité qui, on le sait, est loin d'être statique contrairement à ce que pourrait laisser penser l'expression imagée de « bloc », *v.* J-M BLANQUER, « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *op.cit.,* pp.227-239 ; B. GENEVOIS, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », *L'Etat de droit*, Paris, Dalloz, pp.323-340.

La coexistence pacifique débouche sur une *osmose interprétative* qui se caractérise de plusieurs façons. Il peut s'agir tout d'abord de tirer les conséquences d'un revirement jurisprudentiel du juge constitutionnel[16]. Il peut être question ensuite de prendre en compte de façon explicite ou implicite, les *principes*[17] ou les *objectifs*[18] *ayant valeur constitutionnelle*, en les interprétant conformément à la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil d'Etat peut enfin s'évertuer à donner à la loi une interprétation conforme à la Constitution[19], en s'alignant notamment pour ce faire sur les réserves d'interprétation du juge constitutionnel[20]. Il reste que la présence de deux titulaires, ayant chacun un titre de souveraineté sur le territoire constitutionnel engendre des litiges frontaliers, le Conseil d'Etat ne prêtant pas systématiquement attention à l'article 62 de la Constitution. Les premiers débouchent sur ce que d'aucuns estiment être une *incursion injustifiée en territoire constitutionnel* ; la ligne de partage des compétences étant franchie, apparemment indûment par le juge administratif qui, pourtant, de son côté, n'y voit sans doute que la conséquence directe, dans le cadre de l'attribution de ses compétences, de la mise en œuvre de la Constitution[21]. La deuxième forme

---

[16] Alors que le Conseil Constitutionnel a estimé salutaire de modifier sa jurisprudence relative au contentieux des opérations préparatoires au référendum, en se reconnaissant compétent pour connaître des requêtes mettant en cause la régularité d'opérations référendaires à venir (CC 25 juillet 2000, *Hauchemaille* ; CC, 23 août 2000, *Hauchemaille et Larrouturou*), le Conseil d'Etat en a immédiatement pris acte. Désormais, par application de la théorie de l'exception tirée de l'existence d'un recours parallèle, il se reconnaît incompétent pour connaître de décrets relatifs à un référendum déterminé : CE Ass., 1° septembre 2000, *Larrouturou et autres*, R. GHEVONTIAN, « Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat : le dialogue des juges » *(RFD adm*. 2000, pp.1004-1008 obs.) approuve cette évolution jurisprudentielle. Pour des remarques plus nuancées (*v.* M. GUYOMAR, P. COLLIN, *AJDA* 2000, pp.803-807), voire carrément critiques, consulter l'article de B. MALIGNIER, *D. adm*. 2000, n°10, pp.4-14.

[17] CE, 28 juillet 2000, *MEA* ; CE, 10 janvier 2001, *Coren* : la haute assemblée administrative s'aligne sur la jurisprudence constitutionnelle qui a érigé le droit au recours en principe à valeur constitutionnelle. Et de considérer que la forclusion ne peut être opposée à un requérant lorsqu'il n'en pas été expressément informé au préalable (*MEA*), tandis qu'il estime que l'aide juridictionnelle est une condition légale du droit au recours (*Coren*). B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *JCP* G, Chronique, « Droit constitutionnel », n°40, 3 octobre 2001, p.1827.

[18] Il en va ainsi du droit au logement reconnu comme un objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 9 juillet 1997*, Office public communautaire d'HLM de Saint Priest* (*Rec.,*p.292*).* De même, dans l'arrêt du 29 avril 1998*, Commune de Gonesse,* le Conseil d'Etat vérifie que la décision relative à l'introduction sur le territoire national d'un ours brun n'est pas en contradiction manifeste avec l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la sécurité des biens et des personnes. Toujours dans le même sens, dans l'arrêt de Section du 30 novembre 1998, le Conseil d'Etat a repris, sans toutefois en faire mention, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, plus particulièrement la décision n°90-283 du 8 janvier 1991. Il a en effet contrôlé les décrets d'application de la loi Evin relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme par rapport « à l'objectif poursuivi par le législateur tendant à assurer la protection de la santé publique, et plus spécialement celle des jeunes », objectif que le Conseil constitutionnel avait mis en avant en 1991. *V.* B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *JCP* G, Chronique, « Droit constitutionnel », n°22, 2 juin 1999, p.1027 et n°40, 4 octobre 2000, p1810.

[18] *Ibid.,* n°22, 2 juin 1999, p1027.

[19] L'arrêt du 4 février 2000, *EPAD* est topique à ce sujet ; il y est jugé qu'une disposition législative prévoyant des sanctions infligées aux collectivités locales ne peut avoir un effet rétroactif ; le juge en profite pour se prononcer en faveur de l'application des droits fondamentaux à des collectivités publiques. Certains auteurs sont allés jusqu'à considérer qu'il s'agissait ici, ni plus ni moins, d'un contrôle indirect de constitutionnalité, tels les chroniqueurs de la jurisprudence constitutionnelle du Jurisclasseur, B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *JCP* G, Chronique, « Droit constitutionnel », n°48, 29 novembre 2000, p.2186.

[20] CE, 8 décembre 2000 (*D* 2001, p.955, concl. C.MAUGÜE) : la juridiction administrative prend en compte les réserves d'interprétation fixées par le Conseil Constitutionnel dans le cadre de l'examen de la loi sur le PACS, afin d'apprécier la légalité d'un des décrets d'application de cette loi.

[21] L'incursion du juge administratif en territoire constitutionnel ne se manifeste-t-elle pas de façon flagrante, quand le 30 octobre 1998, dans l'arrêt *Sarran*, la Haute juridiction administrative considère que la loi organique du 9 novembre 1998 a acquis valeur constitutionnelle, et ce par la référence qui en est faite à l'article 76 nouveau de la Constitution, en faisant « prévaloir l'accord constitutionnalisé de Nouméa sur la Convention et sur le pacte onusien de 1966 » ? De même, l'incursion n'est-elle pas toujours aussi évidente quand il saisit l'occasion pour considérer que ne sont des référendums, au sens de la Constitution, que les consultations organisées au titre des

de confrontation ne relève pas *stricto sensu* du litige frontalier ; nul empiètement, nulle incursion injustifiée ; mais une indifférence perturbatrice à l'égard de la jurisprudence constitutionnelle qui débouche sur une *autonomie interprétative du juge administratif.* Ce phénomène passe par l'élaboration d'une jurisprudence autonome en matière de protection des droits de l'individu, où « l'application ou l'interprétation de principes constitutionnels » sont réguliers, mais « sans que soit directement établi un lien avec la jurisprudence constitutionnelle[22] ». Cette démarche passe, d'une manière générale, plus ou moins inaperçue dans la mesure où il n'est pas aisé de pointer, sans risque d'erreur, l'autonomie du juge[23]. Point de risque d'erreurs toutefois quand l'autonomie interprétative prend les allures d'une véritable revendication « autonomiste », voire séparatiste, en s'inscrivant dans l'anticipation. Un arrêt suffit à expliciter cette donne. *Koné*, *3 juillet 1996.* L'Arrêt d'assemblée désormais légendaire, a été l'occasion pour le juge d'écarter l'application d'un traité parce qu'il le jugeait contraire à un « principe à valeur constitutionnelle » interdisant les extraditions demandées dans un but politique[24]. Or, contrairement aux stigmates de la « coexistence pacifique » évoquée plus haut, on sait qu'ici le Conseil d'Etat ne s'est pas aligné sur la jurisprudence constitutionnelle. Il l'a prise de court ; il l'a anticipée en quelque sorte en dégageant de son propre chef, ce principe. Pour le dire autrement, il a lui même forgé une norme constitutionnelle de référence. Les voix, nombreuses, se sont élevées pour fustiger ce « coup d'audace » car, a-t-on pu écrire il a eu lieu « au mépris tant de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel en ce domaine, que du principe -ayant lui-même valeur constitutionnelle- *pacta sunt servanda* [25]». Partant, en plus de s'ériger en juge des traités, il se

---

articles 11 et 89 et non celle prévue à l'article 53, c'est à dire relative « aux populations intéressées » ? Et, quand, dans la foulée, il règle une *disputatio* datant de 1962 en opposant clairement les référendums législatifs de l'article 11 et les référendums constitutionnels de l'article 89 ? Ces audaces ont amené certains commentateurs à considérer que la porte était désormais entr'ouverte pour un contrôle de conventionnalité des lois référendaires, en totale contradiction avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, au nom de la souveraineté du peuple refuse d'effectuer le contrôle de constitutionnalité de ces mêmes lois, *v.* CC n°62-20 DC du 6 novembre 1962 *Loi référendaire*, GDCC et CC n°92-313 DC du 23 septembre 1992, *Maastricht 3*, *RD pub*. 1992, p.1587, note F. LUCHAIRE. L'incursion est également patente, quand le 3 décembre 1999, le Conseil d'Etat juge, dans l'arrêt *Association ornithologique et mamologique de Saône et Loire* que la décision par laquelle le Premier ministre refuse d'engager la procédure prévue à l'article 37C, alinéa 2, pour procéder par décret à la modification d'un texte de forme législative, revêt le caractère d'une décision administrative susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, *JCP* 2000, II, 10319, note S. EVAIN *; RFD adm*. 2000, p.59, concl. F. LAMY.

[22] On notera la même démarche chez le juge judiciaire, Cass. Soc., 24 avril 2001, *Pigny* ; Cass., 28 février 2001, *SNC*, *v.* B. MATHIEU, M.VERPEAUX, *JCP* G, Chronique, « Droit constitutionnel », n° 40, 3 octobre 2001, p.1821.

[23] C'est à un problème plus global de méthodologie que renvoie cette question. Il faut passer au scalpel analytique les décisions et s'en remettre en quelque sorte à la théorie des apparences et des hypothèses. Ainsi, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un protocole d'accord entre l'Etat et les caisses nationales d'assurance maladie et les organisations représentatives des laboratoires d'analyses de biologie médicale, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 29 juillet 1998, *Centre national des biologistes*, a considéré que les dispositions contestées n'étaient pas contraires « au principe de protection de la santé garantie par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 (*JCP* G 1998, IV, 3 544 *; RFD adm*. 1998, p.1076). De même, le Conseil d'Etat n'hésite pas à continuer à interpréter le Préambule « à sa manière ». En matière de fonction publique, le Conseil d'Etat a pu estimer dans sa décision du 11 mai 1998 *Aldige*, que le texte du Préambule de 1946 selon lequel « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », avait pour conséquence que « les femmes ont vocation à occuper tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes, aucune distinction de pouvant être introduite entre les personnes de l'un et l'autre sexe, hormis celle qui seraient justifiées par la nature des fonctions ou les conditions d'exercice de celles-ci » (*RFD adm*. 1998, p.1015, concl. H. SAVOIE).

[24] *RFD adm. 1996*, 870*,* concl. J-M DELARUE, notes L. FAVOREU, P. GAIA et H. LABAYLE.

[25] G. LEBRETON, « La protection des droits fondamentaux de la personne humaine par le droit administratif en 1997 et 1998 », *La protection des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, Paris, L'Harmattan, 2000, p.74.

serait également reconnu le « droit de modifier le bloc de constitutionnalité » en s'autoproclamant « juge de la Constitution » et en usurpant « la souveraineté du peuple »[26].

Toute la problématique résulte de ce que, justement, en vertu de son titre originaire à occuper le terrain constitutionnel, le juge administratif considère qu'il n'y a pas intrusion, qu'il n'y a pas compétence exclusive du Conseil à dégager les normes de références et qu'il est tout aussi habilité que lui à « mettre en œuvre », dans le cadre de ses compétences, la Charte constitutionnelle. Logique individualiste - déclarée « naturelle » par les uns ; taxée d' « usurpation » par les autres - elle a en réalité toujours existé et c'est au nom de cette prétention historique que le Conseil d'Etat entend bien la faire perdurer, malgré l'irruption dans le paysage juridique du Conseil constitutionnel. Or, quel que soit en réalité le clan auquel on adhère, cette logique met aujourd'hui sérieusement à mal l'autorité du gardien de la Constitution, pour ne pas dire sa légitimité, surtout quand l'action est du côté du juge administratif et que la réaction se fait désirer du côté du Conseil constitutionnel. Et dire qu'il a lui-même donné les armes au Conseil d'Etat pour rester sur les lieux de l'affrontement. Que dire de l'appel du 15 janvier 1975 du Conseil constitutionnel au juge ordinaire… Ne le regrette-t-il pas aujourd'hui[27] ?

2.Les modes « modernes » de « l'occupation » : *l'application des traités et l'engagement sur la hiérarchie des normes*

Les modes « modernes » de l'occupation découlent directement de l'application des traités internationaux et au premier chef de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge ordinaire (a). La conséquence inéluctable de cette fonction de juge « international » de droit commun a été l'engagement frontal du juge ordinaire dans le débat concernant la hiérarchie des normes (b).

a. L'application des traités

Tant l'application du droit international que son interprétation permettent au juge ordinaire de s'immiscer un peu plus au cœur du territoire constitutionnel, en mettant en œuvre à la fois un contrôle matériel de constitutionnalité et quand les circonstances l'exigent, une interprétation des traités conforme à l'interprétation constitutionnelle.

Aiguillonnés par le Conseil constitutionnel, la Cour de Cassation depuis 1975 (*Jacques Vabre*) et le Conseil d'Etat depuis 1989 (*Nicolo*), se sont découverts compétents pour être juges de la conventionnalité des lois. On sait que ces jurisprudences ont surtout participé au renforcement du droit communautaire en France. A l'époque, elles ont été bien accueillies dans l'Hexagone justement pour cette raison. Et voilà que l'on découvre aujourd'hui, pour s'en étonner, que le monopole du Conseil dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité est sérieusement atteint par cette évolution. Il y aurait un « malaise » dans la Constitution[28], surtout dès que se trouve en jeu, non pas le droit communautaire, mais la Convention européenne. Certes, on pourra avancer et arguer qu'apprécier la validité de la loi par rapport à la Constitution n'a à l'évidence pas la même signification qu'apprécier la validité de la loi par

---

[26] *Ibid.,* p.75.

[27] Il confirmait en 1998 et 1999 sa jurisprudence « IVG », qui, pourtant, le place dans une délicate posture : CC 98-405 DC, 29 décembre 1998 et CC 99-416 DC, 23 juillet 1999, *v.* D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1988-1999 », *RD pub*., n°1-2000, spéc. p.29.

[28] D. de BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFD adm*., 1998, p.225 ; du même auteur, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp.107-122.

rapport à un traité international[29]. « Mais, au fond, la démarche n'est-elle pas identique et le résultat équivalent »[30], surtout quand on a à l'esprit l'identité des droits garantis tant dans l'ordre constitutionnel que dans l'ordre conventionnel. « Dès lors, si la plupart des droits constitutionnels relatifs aux libertés fondamentales ont leur équivalent conventionnel, le juge administratif, qui vérifie qu'une loi française est ou non conforme à la Convention européenne, la confronte à une norme dont le contenu n'est guère différent de celui de la norme constitutionnelle que de son côté, le juge constitutionnel prend en compte pour statuer sur la validité de la même loi »[31], l'arrêt *Parti National Basque* en est une manifestation éclatante[32].

Il ne faut pas cependant ici sous-estimer le jeu assez subtil se déroulant entre les trois protagonistes que sont le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour européenne. Car en tant que juge d'application de la Convention, le Conseil d'Etat a sa propre logique à défendre par rapport à Strasbourg. Dit autrement et renouant avec la métaphore guerrière, face aux prétentions de l'Empereur européen, le suzerain national entend préserver son autonomie. Partant, il se peut que dans sa relation avec la Cour européenne des droits de l'homme, le juge administratif mette en avant son indépendance en jouant la carte de « l'osmose interprétative » avec le Conseil constitutionnel. Et de développer une interprétation de la Convention conforme à la Constitution, plus exactement conforme à l'interprétation délivrée par le juge constitutionnel. Ce phénomène a pris de l'ampleur en 1997[33] quand le Conseil d'Etat - dans un avis[34] et un arrêt[35] rendus le même jour - décidait de s'inspirer ouvertement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel plutôt que de celle de la Cour européenne pour vérifier la conformité des lois de validation à l'article 6§1 CEDH. On sait que le Conseil d'Etat récidivait dans son arrêt *Tête-Association du collectif pour la gratuité contre le racket* du 28 juillet 2000 où le juge administratif reprenait à son compte le *dictum* sur les « motifs d'intérêt général suffisants », seuls à même désormais de justifier l'adoption de mesures législatives à portée rétroactive[36], alors que le *dictum* constitutionnel, malgré la condamnation strasbourgeoise (*Zielinski*), n'est toujours pas équivalent au *dictum* européen de « motifs impérieux ».

Alors que le juge administratif est juge de la conventionnalité de la loi et qu'il intègre la Convention dans ses normes de référence, il n'a pas opté pour le *dictum* européen de « motifs

---

[29] B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7, 1999, p.107.

[30] J. ROBERT, « Droit administratif et droit constitutionnel », *RD pub*., 4-1998, pp.971-978, spéc.p.976.

[31] *Ibid*., p.976. *v.* également les remarques pertinentes d'un praticien éclairé, F. THIRIEZ, « Cour européenne des droits de l'homme et Constitution nationale », *La Constitution face à l'Europe*, Paris, La Documentation française, 2000, pp.33-38, spéc.p.37.

[32] CE, 8 décembre 2000, *Parti National Basque*, *RFD adm*, 2001, p.287 ; *DA* 2001, n°61. Le Parti contestait la décision de la Commission nationale des comptes de campagne de rejeter la demande d'agrément de son association de financement. Il invoquait à l'appui de son recours, trois moyens de légalité interne tirés de la violation, par la loi du 11 mars 1988, de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'abord, des articles 10 et 14 de la Convention européenne ensuite, de plusieurs dispositions du droit communautaire enfin. Jugeant inopérant le moyen tiré de la violation de l'article 11 de la Déclaration, le Conseil d'Etat examine néanmoins la substance des arguments du requérant sur la liberté d'expression, en éprouvant la compatibilité de la loi et avec l'article 10 de la Convention et certains articles du Traité CE.

[33] Il existait bien sûr avant cette date, *v.* l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques* où le Conseil d'Etat s'est aligné sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'interruption volontaire de grossesse (*Rec*., p.369, concl. B. STIRN).

[34] Avis CE, *Ministre de l'Education nationale*, 5 décembre 1997, *AJDA*, 1998, 97, chr. GIRARDOT et RAYNAUD.

[35] CE, *Dame Lambert*, 5 décembre 1997, *AJDA*, 1998, concl. C. BERGEAL, pp.149-157.

[36] CE, 28 juillet 2000, *Tête* (req. n°202798 et 202872), reproduit *in AJDA*, 20 octobre 2000, pp.854-856.

impérieux », s'alignant délibérément sur l'interprétation constitutionnelle. Ce choix jurisprudentiel s'expliquerait-il, comme il a été dit, par la particularité du contrôle des validations qui ressort de la logique du contrôle de constitutionnalité et qui fait que « les juges ont à cœur de montrer que les garanties offertes par la Convention sont déjà présentes dans les règles du droit public français et, en particulier, dans le Préambule de la Constitution qui renvoie à la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946 »[37]? Si cette interprétation est la bonne, la situation française est décidément à part. Qu'on en juge. Voilà le juge de la conventionnalité de la loi qui est amené indirectement à opérer un contrôle de constitutionnalité, ce qui le pousse formellement à privilégier le bloc de constitutionnalité au détriment du « bloc conventionnel » qu'il est censé sauvegarder [38]. C'est également sans nul doute pour avoir à éviter d'écarter une loi qu'il jugerait contraire à la Convention, après qu'elle ait été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil... Une telle prudence n'est pas celle des juridictions administratives inférieures[39] ou encore de certaines chambres de la Cour de cassation[40] qui n'ont pas hésité a déclaré contraire à la Convention européenne des lois de validation déclarée conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ou, à tout le moins, ne pas attendre le verdict constitutionnel !

b. L'engagement dans le débat sur la hiérarchie des normes.

La France est, avec l'Espagne, un pays où le juge constitutionnel a décidé de rester en retrait du débat sur la hiérarchie des normes[41]. Or, cette situation relève de « l'équilibrisme »[42] comme le note fort à propos un ancien juge constitutionnel. Est-elle tenable indéfiniment ? Le Conseil peut-il encore longtemps rester irréductiblement à l'écart d'un débat qui est le sien ? Ce qui est sûr, c'est que les juges ordinaires ne se sont pas fait prier pour, une fois de plus, poser les bornes d'un territoire abandonné délibérément en 1975 par le Conseil. Aujourd'hui, il est plus difficile □ pas impossible, mais assurément plus délicat □ pour le juge constitutionnel de s'y engager. Les arrêts *Sarran*[43] et *Fraisse*[44] sont là qui donnent le ton et qui posent la subordination *dans l'ordre interne* des traités internationaux aux dispositions constitutionnelles. Le juge ordinaire poursuivait dans cette veine en prenant position sur le rang de la coutume…au prix toutefois d'une dissonance jurisprudentielle rappelant des temps anciens, ceux où ils s'étaient opposé sur le conflit loi postérieure/droit communautaire. Le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Aquarone* pose la valeur infra-législative de la coutume et des

---

[37] M. GUYOMAR, P. COLLIN, *AJDA*, 20 octobre 2000, p.799.

[38] Pour un exemple de contrôle de conventionnalité des validations législatives par le juge judiciaire, *v.* J. SAINTE-ROSE, conclusions sur Cour de cassation, 1° chambre civile, 20 juin 2000, *Banque Crédit Lyonnais* (1° espèce), *M. et Mme Lecarpentier* (2° espèce), *RFD adm.*, nov.-déc. 2000, pp.1189-1200 ; B. MATHIEU, « Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité », *RFD adm.*, nov-déc.2000, pp.1201-1205.

[39] Cour d'appel de Lyon, 26 octobre 1999. La Cour d'appel de Paris, 19 février 2001, a pris la même position sur une loi de validation, alors que le Conseil constitutionnel saisi de la loi n'avait pas soulevé d'office la question de sa constitutionnalité.

[40] La chambre sociale de la Cour de cassation dans sa décision du 24 avril 2001 a accepté d'exercer un véritable contrôle de conventionnalité d'une loi de validation indépendamment de l'existence ou non d'une déclaration de conformité rendue par le Conseil constitutionnel.

[41] Pour une analyse de droit comparé, *v.* notre contribution sur « Les résistances des Etats de droit », *in De la Communauté de droit à l'Union de droit* (sous la dir. de J. RIDEAU), Paris, LGDJ, 2000, pp.

[42] N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel », *Le Débat*, n°114, mars-avril 2001, pp.178-192.

[43] CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, D. ALLAND, *RFD adm*., 1998, p.1094 ; J. DEHAUSSY, *JDI*, 1999, pp.675-705 ; N. MOLFESSIS, *RTDCiv.,* 1999, pp.323-235 ; D. SIMON, *Europe,* mars 1999, pp.4-6.

[44] C. Cass, 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*,, *JCP* 14 juin 2000, n°24, *Actualité* ; P. JAN, *LPA*, n°246, 11 décembre 2000, pp.11-16 ; B. de LAMY, P. DEUMIER, *LPA*, 9 octobre 2000, n°201, pp.8-13 ; R. LIBCHABER, *RTD civ*, n°3/2000, pp.672-676 ; A. ONDOUA, *RGDI pub*., n°4, 2000 ; F. POIRAT, *RGDI pub*., n°3, 2000, pp.821-824 ; X. PRETOT, *RD pub.,* 2000, pp.1037-1049. ; A. RIGAUX, D.SIMON, *Europe*, août-septembre 2000, pp.3-6.

principes généraux du droit international[45]. Quatre ans plus tard, la chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans l'arrêt *Kadhafi*[46], fait primer la coutume internationale sur la loi pénale ; et de considérer que la coutume s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger.

Si le Conseil constitutionnel décidait de camper sur ses positions en confirmant la délimitation des frontières juridictionnelles, on pourrait rapidement en déduire l'immunité juridictionnelle des normes constitutionnelles… Le primat de la Constitution n'aurait jamais été aussi éclatant. Or, c'est sans compter avec l'emprise européenne, déclinée sous une double donne. La donne communautaire tout d'abord. Si d'aventure le lecteur peut être agacé à l'idée de retrouver, une fois de plus, les éternelles références aux arrêts *International Handelsgesellschaft, Costa* ou encore *Simmenthal*, qu'il se rassure, la jurisprudence communautaire vient d'étoffer la nomenclature, la Cour de Luxembourg ayant confirmé récemment le primat du droit communautaire sur le droit constitutionnel dans l'arrêt *Tanja Kreil* du 11 janvier 2000[47]. Ainsi, dans l'ordre communautaire, point d'immunité juridictionnelle des normes constitutionnelles…celles-ci étant écartées sans état d'âme. Même constat dans l'ordre conventionnel où le juge de Strasbourg n'hésite pas à faire primer la Convention sur un droit protégé par la Constitution d'un Etat partie[48].

B. Le « mode révolutionnaire » de l'occupation.

Ce mode « révolutionnaire », car résolument novateur et potentiellement perturbateur, n'en a pas moins été institué par la voie la plus classique qui soit : la voie législative. La loi sur le référé administratif, dont l'application par le juge ne s'est pas faite attendre, accentue la mainmise du juge administratif sur le « territoire constitutionnel ».

La réforme du 30 juin 2000 considérée, par ceux qui ont participé à sa propulsion dans le paysage administratif français, comme « exemplaire », relevait dit-on de « l'incontournable », tant la justice administrative souffrait d'un handicap « qui conduisait à affaiblir son image par rapport à celle du juge judiciaire » [49]. *La loi relative au référé devant les juridictions administratives* entend donc « conférer au juge administratif une efficacité et des pouvoirs sinon équivalents du moins proches de ceux du juge des référés en matière civile »[50]. Au-delà

[45] CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone* (*RGDIpub.*, 1997, p.838 et s.). Confirmation : CE, 28 juillet 2000 (*D.* 2001, p.387, note TIXIER).

[46] Cass. Ch. Crim., 13 mars 2001, *Kadhafi* (*JDI*, 2002-3, note C. SANTULLI).

[47] CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, (aff. C-285/98), *v.* J. GERKRATH, « Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées dans la Bundeswehr », *Europe*, Décembre 2000, pp.5-7.

[48] L'arrêt *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992 est suffisamment connu pour ne pas revenir sur les faits de la cause. On rappellera ici uniquement que la Cour de Strasbourg, confrontée directement à un conflit de hiérarchie Convention / Constitution, a tout simplement refusé d'octroyer aux Etats membres un droit de résistance à l'application de la Convention, droit de résistance fondé sur la sauvegarde d'exigences constitutionnelles nationales. Autrement dit, elle n'a pas hésité à toucher à une valeur constitutionnelle essentielle d'un Etat contractant, garanti et mis en œuvre par la Cour suprême, le droit à la vie de l'enfant à naître consacré à l'époque des faits par l'article 40§3 de la Constitution irlandaise du 1° juillet 1937, pour faire primer une liberté qu'elle considère comme « essentielle dans une société démocratique », le droit à l'information, *v.* F.SUDRE, « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *RFD const.*, n°13, 1993, p.216 et s.

[49] B. PACTEAU, « Vu de l'intérieur : loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire », *RFD adm.*, sept-oct.2000, pp.959-962.

[50] M. FOULETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *RFD adm.*, sept-oct. 2000, pp.963-983.

de « l'ambition technique d'améliorer le traitement juridictionnel de l'urgence », la réforme est passible de transfigurer, ni plus ni moins, l'état des rapports entre les juges administratif et constitutionnel. La cause ? Le « référé-liberté fondamentale» de l'article L. 521-2 du Code de Justice administrative[51]. « Pour la première fois, le juge est investi d'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration *avant* que le litige ne soit tranché au fond, et *même sans* qu'un recours ait été déposé contre un acte administratif »[52]. Surtout, comme il a pu être écrit avec brio, l'article L.521-2 CJA autorise *tout*, au nom de la sauvegarde des libertés fondamentales »[53]. Le mot est lâché : là se trouve l'enjeu à venir. C'est le juge administratif, aiguillonné en cela par le silence du législateur qui ne s'est pas aventuré à définir la notion de liberté fondamentale, qui est amené à « cerner de façon harmonieuse »[54] la notion. Il a d'ailleurs commencé cette opération de délimitation, l'entrée en vigueur de la loi, le 1° janvier 2001, ayant entraîné les premières saisines du juge dans l'urgence : le succès de cette procédure révolutionnaire ne s'est pas fait attendre...

Les premières décisions rendues démontrent de façon patente que le Conseil d'Etat n'a pas voulu créer un simple pendant administratif à la voie de fait ou encore s'en tenir à sa jurisprudence relative aux mesures de police, deux branches du contentieux où il a, avec le Tribunal des Conflits, eu recours à la notion de « liberté fondamentale ». L'interprétation de l'article L. 521-2 n'est pas restrictive et ne se limite pas « aux libertés publiques et autres droits essentiels reconnus aux individus et garantis par l'Etat »[55], plus particulièrement le législateur. Les deux premières décisions auraient pu le laisser penser dans la mesure où il y était question d'une part de la liberté d'aller et venir dans l'arrêt *Desperthes* (8 janvier 2001), d'autre part du droit constitutionnel d'asile et de son corollaire, le droit de solliciter le statut de réfugié dans l'arrêt *Hyacinthe* (12 janvier 2001)[56]. Or, l'arrêt *Commune de Venelles* du 18 janvier 2001 lève toute incertitude, puisque le principe de libre administration des collectivités locales y est érigé en « liberté fondamentale », avec comme précision le fait que cette libre administration ainsi sacralisée ne l'est que dans les rapports que la collectivité locale entretient avec l'Etat, et non dans ses rapports internes. Ainsi, la Haute juridiction administrative a opté pour une conception large de la notion, qualifiant de « libertés fondamentales » les droits reconnus aux individus, aux groupements, voire même aux collectivités publiques, pourvu que leur objet soit primordial et leur protection renforcée[57].

---

[51] « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. ».

[52] M. FOULETIER, *op.cit.,* p.971.

[53] *Ibid*., p.971. En effet, Marjolaine FOULETIER précise qu'à nouveau « pour la première fois, ce texte permet au juge d'enjoindre l'administration de cesser un agissement, ou de remédier à une abstention ; ce n'est plus seulement l'acte d'une collectivité locale obligatoirement transmise au préfet qui pourra déclencher l'usage du pouvoir d'injonction, mais tout acte ou agissement de tout détenteur de prérogatives de puissance publique ; ce ne sont plus les libertés publiques ou individuelles que l'on protège, mais d'une manière plus solennelle, l'ensemble des libertés fondamentales ; ce n'est plus le préfet, mais toute personne intéressée qui pourra saisir le juge ».

[54] S. SUTOUR, Débats, Sénat, n°13, 23 février 2000, p.865.

[55] M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 20 février 2001, pp.143-167, spéc. p.155.

[56] *AJDA* 2001, p.589. Pour d'autres consécrations de libertés publiques « classiques », : CE, 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Marcel* s'agissant de la liberté de quitter le territoire national (*RFDA*, 2001, p.767) ; CE .ord., 19 août 2002, *Front national* s'agissant de la liberté de réunion.

[57] A. VENDERMEEREN, « La réforme du référé administratif », *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000*, (sous la dir. G. LEBRETON), Paris, L'Harmattan, 2002, pp.143-159, spéc.p.153.

Il apparaît ainsi que c'est vers la « catégorie plus vaste et en continuelle expansion, des droits et libertés garantis par la Constitution ou par des conventions internationales » comme le précisent les chroniqueurs éclairés de l'Actualité juridique, qu'il faut rechercher le champ d'application du « référé-liberté ». Mais, là encore, il faut immédiatement préciser tant la liste de ces droits est longue, que le juge n'entend certainement pas les placer tous sur le même plan et « leur conférer la même protection ».[58] Ce faisant les libertés fondamentales au sens du référé-liberté ne rentrent pas *automatiquement* dans la catégorie des droits et libertés garantis par la Constitution ou encore des « principes à valeur constitutionnelle » dégagés par le Conseil constitutionnel[59]. Certaines décisions en témoignent de façon patente. Le droit d'accès à une formation de troisième cycle de l'enseignement supérieur □ invoqué dans l'arrêt du 24 janvier 2001 *Université Paris VII-Vincennes Saint-Denis* □ ou encore l'égalité des usagers devant le service public et la continuité des services publics au cœur de l'affaire de *la Commune de Saint-Laurent-du-Var* du 31 janvier 2001, ne sont pas érigés au rang de libertés fondamentales[60] ; de même, les droits au travail (*Casanovas*, 28 février 2001)[61] ou à la sécurité (*Commune de Mandelieu-la-Napule*, 20 juillet 2001)[62].

On voit bien que les atouts sont entre les mains de la Haute juridiction administrative qui, de son propre chef, va délimiter la frontière entre une « liberté fondamentale » d'un côté, protégée par une super-procédure et donc bénéficiant d'une super-protection, et de l'autre ce qui pourra apparaître comme un *simple* « droit garanti par la Constitution » et/ou un *simple* « principe à valeur constitutionnelle ». *De facto,* ces derniers vont se situer, du point de vue pratique, en deça d'une liberté fondamentale telle que décrétée par le juge administratif qui lui octroiera une protection maximale dans des conditions de célérité exceptionnelle grâce à une saisine directe. Il est évident que ces principes et droits garantis par la Constitution, bien que déterminés et protégés par le juge constitutionnel, ne le seront, on ne le sait que trop, dans le cadre décidément bien étriqué du contrôle abstrait *a priori.* Les limites inhérentes à ce type de contrôle apparaissent ici magistralement. Qu'advientra t-il de l'autorité du Conseil constitutionnel devant ce qui s'annonce être la détermination du critère de la « fondamentalité » par la Haute juridiction administrative ? Le Conseil qui a tardivement intégré dans le bloc de constitutionnalité la notion de droit fondamental d'abord, de « droits et libertés fondamentaux » ensuite[63], n'a t-il pas déjà perdu la bataille de l'identification de ce qui relève du fondamental ? A côté du bloc de constitutionnalité forgé patiemment par lui, ne se dessine t-il pas en puissance un « bloc de fondamentalité » dont l'édification revient au juge administratif, dont on vient de voir qu'il n'est pas identique aux « droits constitutionnels » révélés par le Conseil et qu'il n'est pas certain qu'il soit identique aux « droits et libertés fondamentaux » qu'il a récemment dégagés ?

Là encore, le pouvoir d'anticipation se trouve au Palais Royal et il appartiendra ensuite au Conseil de coller ou non à l'interprétation de la fondamentalité donnée par le juge administratif... S'il opte pour la coexistence, c'est la cohérence juridique qui l'emporte, sans doute au détriment de son rayonnement sur le territoire constitutionnel ; s'il opte pour la résistance, et donc la dissociation entre la « fondamentalité constitutionnelle » et la

---

[58] *Ibid.,* p.155.

[59] Même si les recoupements existent en bonne logique, *v.* pour les droits de la défense, CE, Ord., 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c. M. Kurtarici.*

[60] Pour une première analyse des délimitations de « frontières » entre les deux juges, *v.* L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.*, 2001, n°22, pp.1739-1744.

[61] *AJDA* 2001, p.971.

[62] *RFDA*, 2001, p.1138.

[63] J. FAVRE, B. TARDIVEL, « Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », *RD pub.*, n°5-2000, pp.1411-1440.

« fondamentalité administrative », c'est la complexité et l'hétérogénéité du paysage juridique qui prévaudront. La doctrine se délectera sans doute dans l'analyse des nouvelles arcanes du champ constitutionnel ; le citoyen-justiciable, quant à lui, fustigera l'insupportable complexité du paysage juridique.

Le « territoire constitutionnel » n'est pas seulement le lieu de l'affrontement entre deux titulaires nationaux qui se disputent plus ou moins ouvertement le titre d'occupation. Il est également le théâtre d'une invasion venue de l'extérieur. La Cour européenne sise à Strasbourg a investi le territoire national. Mais rappelons aux esprits chagrins qui en fustigeraient le principe : l 'invasion n'est pas illégale : elle a été dûment autorisée par les Etats qui en ont accepté les modalités.

II. L' « occupant dérivé » du champ constitutionnel : le juge européen

La Cour européenne des droits de l'homme « dans une bonne logique internationaliste » demeure absolument indifférente à toute idée d' « exception constitutionnelle »[64]. C'est donc l'Etat, dans son unité, qui est responsable dans l'ordre international *;* toutes les autorités de l'Etat, y compris constitutionnelles. La Cour dans l'affaire du 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres* le rappelait péremptoirement au gouvernement turc.

Si le rôle du juge européen est tout d'abord de contrôler, donc de sanctionner ; il s'avère que les effets du contrôle ne s'arrêtent pas à la condamnation. Ils continuent d'irriguer le champ constitutionnel en développant une sorte de « contrainte » à l'encontre du juge constitutionnel qui, fort de l'interprétation européenne, peut difficilement s'en écarter sous peine d'encourir une nouvelle sanction. Ainsi, au mode visible de l'occupation qui prend les allures d'une sanction européenne à l'encontre de la haute juridiction constitutionnelle (B), s'ajoute un mode moins aisé à identifier, car invisible. Un faisceau d'indices toutefois laisse à penser qu'il n'en est pas moins réel (A).

A. Le mode « furtif » de « l'occupation » : *La « contrainte » européenne*

Dans le paysage européen de justice constitutionnelle, on distingue plusieurs modes d'application de la Convention[65]. A côté des modes autonome[66] qui érigent le juge constitutionnel en juge de la conventionnalité des lois comme en République tchèque, en Slovaquie, en Bulgarie, en Hongrie mais aussi auxiliaire[67] où les juges constitutionnels utilisent expressément les traités de protection des droits de l'homme comme guides

---

[64] J-F FLAUSS, « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. Le Droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l'homme. (Actualité jurisprudentielle 1997-1998-1999-2000), *RFD const.*, n°44, 2000, pp.843-877.

[65] Pour une présentation de droit comparé, *v.* F. COCOZZA, « Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle « transfrontière » de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée », *RFD const*., n°28, 1996, pp.707-724.

[66] Il y a application autonome lorsque «la règle contestée devant la juridiction constitutionnelle, qu'elle soit législative ou autre, est soumise au dispositif même de la norme internationale, sans l'entremise d'une norme constitutionnelle ». Définition fournie par M. VERDUSSEN, *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.243.

[67] « Il y a application auxiliaire lorsque la référence à la norme internationale s'opère par le truchement d'une norme constitutionnelle, celle-ci confinant celle-là dans un rôle complémentaire », M. VERDUSSEN, *op.cit.*, p.244.

interprétatifs, c'est le cas en Espagne et en Roumanie grâce à des « clause d'interprétation »[68], mais aussi en Belgique, en Autriche, en Allemagne et en Italie grâce à une évolution de la jurisprudence constitutionnelle ☐ on peut s'aventurer à considérer qu'en France, l'application de la Convention par le Conseil est « furtive ». Ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'autorité européenne de chose interprétée ne laisse plus place au doute. Elle est bien réelle, malgré le simple caractère déclaratoire des arrêts de la Cour. Or, aujourd'hui, si le Conseil n'a qu'un et unique référent, le « bloc de constitutionnalité », on peut considérer que derrière ce qui est « dit », existe cependant un « bloc de conventionnalité », qui relève du « non-dit ».

La référence à la norme internationale est inexistante dans les décisions constitutionnelles ; elle ne figure jamais dans la *ratio decidendi* du juge constitutionnel. Et pour cause, le Conseil qui « met en oeuvre l'ordre juridictionnel », uniquement au moyen d'un contrôle préalable et abstrait, s'est interdit depuis 1975[69], de s'ériger en juge de la conventionnalité des lois. Partant, il s'interdit d'intégrer dans le bloc des normes de références, les traités internationaux comme la Convention européenne des droits de l'homme. Et pourtant, le Président Jacques Robert dès le 18 janvier 1975 démontrait que « le Préambule de 1946 a fait entrer l'ensemble du droit international dans une supra-légalité que le Conseil a donc qualité pour faire respecter et qu'un traité ayant, selon l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à la loi, une loi contraire à un traité est, par là même, contraire à la Constitution »[70]. Cette absence délibérée de renvoi et la référence exclusive au seul référent constitutionnel, n'empêchent cependant pas le gardien de la Constitution de s'inspirer et de la Convention et de la jurisprudence de Strasbourg. Partant, tout est fait comme si la Convention n'existait pas ou plutôt, tout est fait pour s'arc-bouter sur 1789 et non pas sur 1950, puisque le texte de 1950 n'est pas intégré dans le « bloc de constitutionnalité. Cela arrange sans doute le Conseil qui s'accroche à l'idée que la Convention européenne ne fait que reprendre l'esprit de la Déclaration.

On sait bien que le Conseil trouve dans la jurisprudence européenne des éléments précieux aux fins d'interpréter certains principes écrits et non écrits relatifs aux droits fondamentaux. Mais si l'influence européenne en matière d'interprétation est incontestable, elle est diffuse. La référence européenne sera remplacée par une lecture « moderne » ou « actuelle » du bloc de constitutionnalité : le juge constitutionnel français avançant masqué derrière le rideau du bloc de constitutionnalité.

On observe ainsi un phénomène de « constitutionnalisation », autrement dit de « nationalisation » de l'interprétation délivrée par le juge européen. La doctrine[71], comme le Conseil à l'occasion de la IX° Conférence des cours constitutionnelles[72], ont maintes fois mis

---

[68] L'article 10§2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 est la clause la plus connue : « *Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne* ». L'article 20§1 de la Constitution roumaine du 8 décembre 1991 s'est largement inspiré du précédent espagnol : *« Les dispositions constitutionnelles portant sur les droits et libertés des citoyens doivent être interprétés et mises en œuvre en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l'homme* ».

[69] CC, n°74-54 DC, 15 janvier 1975, *Rec.,* p.9.

[70] J. ROBERT, « La loi et les traités », *Le Monde*, 18 janvier 1975. Ce point est rapporté par D. ROUSSEAU *in* « Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Paris, *Mélanges Robert, L'Etat de droit*, p.305.

[71] Déjà, en 1990, des auteurs le mettaient en avant, *v.* D. ROUSSEAU, F. SUDRE, (sous la dir. de), *Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, STH, 1990. Plus récemment, *v.* P. GAIA, « Les interactions entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme », *RFD const.*, n°28, 1996, pp.725 et s. C. GREWE, « Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne », *L'interprétation européenne* (sous la dir. de F. SUDRE), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.199-229.

[72] *RFD adm*. 1993, p.864.

en évidence l'identité des valeurs que les deux juges défendent, tout comme la ressemblance de leur technique d'interprétation et de contrôle[73]. Les rapprochements interprétatifs, symptomatiques d'un fort syncrétisme juridique, ont irrigué les domaines de la liberté d'expression[74], les garanties apportées en matière répressive[75], les droits de la défense[76], et récemment celui de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi[77].

Jusqu'à récemment, l'autorité européenne de chose interprétée a joué tel un aiguillon à l'égard du juge constitutionnel afin qu'il s'inspire de la jurisprudence de Strasbourg. La contrainte était douce car elle n'était pas visible. Elle est récemment devenue amère, car l'occupation du territoire constitutionnel est devenue visible en France et a pris l'allure d'une sévère sanction.

B. Le mode « visible » de « l'occupation » : *Le contrôle et la sanction européennes*

Avant d'aborder ce qui constitue le noyau dur du contrôle, à savoir le contrôle des *décisions* du Conseil quand celui-ci œuvre en tant que juge de la constitutionnalité de la loi (2), quelques réflexions s'imposent sur l'éventuel contrôle de la *procédure* devant le Conseil quand celui-ci intervient en tant que juge électoral, devenant ici on le sait juge ordinaire, juge d'application de la loi (1).

1. Le contrôle potentiel de la *procédure* devant le juge des élections

S'il est une chose de rappeler que le contentieux des élections parlementaires échappe en principe à l'emprise pourtant par ailleurs tentaculaire du champ d'application de l'article 6§1 de la Convention, étant en jeu des droits de « nature politique »[78] - une autre en est de conclure à l'inapplicabilité absolue de l'article 6§1 au contentieux des élections devant le Conseil.

En effet, la procédure devant la Haute juridiction constitutionnelle court toujours potentiellement le risque d'une condamnation, à tout le moins celui d'une contestation devant la Cour européenne ; on pourrait même ajouter (pour mémoire), qu'il en va de même devant le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies. Jack Lang avait d'ailleurs très habilement joué la carte de la contestation en déposant une requête devant la feue Commission européenne en protestant contre l'absence de publicité devant le Conseil. On connaît la réplique immédiate venue du Palais Montpensier : la modification *in extremis* le 28 juin 1995 du règlement applicable à la procédure devant le Conseil, qui entraîna le retrait de la requête si « dangereuse »[79]. Le coup de poker judiciaire avait porté magistralement ses fruits.

---

[73] L'importance accordée à la garantie de droits effectifs et concrets et non pas théoriques et illusoires ; la marge d'appréciation accordée au législateur pour l'un, à l'Etat pour l'autre.

[74] CEDH, *Handyside*, 7décembre 1976 et CC, DC 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse ;* CEDH, 23 novembre 1993, *Informations lentia c. Autriche /* CC, DC 29 juillet 1986.

[75] CC, 17 janvier 1989, *CSA*.

[76] V. l'imposante jurisprudence européenne rendue à propos des articles 6§1 et 13 de la Convention et la décision du Conseil du 21 janvier 1994.

[77] Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 décembre 1999 (99-421 DC), formule un nouvel objectif de valeur constitutionnelle, celui de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi. Or, la Cour européenne, dans le célèbre arrêt *Kruslin et Huvig*, du 24 avril 1990 rendu à l'encontre de la France, érigeait déjà en principe conventionnel le fait que la loi devait être tout à la fois accessible et lisible.

[78] Les affaires *Pierre-Bloch c. France* (21 octobre 1997), *Louis Masson c. France* (14 septembre 1999), *Cheminade c. France* (26 janvier 1999*), Refah Partisi c. Turquie* (3 octobre 2000) en témoignent à l'envi.

[79] *JO* 29 juin 1995, p.9736.

Le ministre obtenait ce qu'il voulait ; le Conseil échappait à la poursuite de la procédure conventionnelle.

Or, le contexte actuel marqué par une emprise implacable du contrôle européen sur le principe du contradictoire et de l'égalité des armes - il suffit de rappeler la mise en cause de la figure de l'Avocat général devant la Cour de cassation[80] comme celle du Commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat[81] - permet de penser que la procédure devant le juge électoral peut parfaitement être contestée par des parlementaires déchus de leur mandat. Pour ce faire, il faut et il suffit qu'ils tombent sous le coup d'une des peines envisagées par l'article L.113§1 du Code électoral : une amende de 25.000 frcs et/ou un emprisonnement d'un an., puisque tant la Cour (§60), que le gouvernement (§46) reconnaissaient dans l'affaire *Pierre-Bloch* qu'une telle sanction entrait manifestement dans le champ pénal[82]... Si l'applicabilité de 6§1 est possible à travers le prisme pénal, la procédure devant le Conseil peut être contestée.

2. Le contrôle des décisions devant le juge de la loi

Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France, 28 octobre 1999. La seule invocation de l'affaire doit irriter au plus haut point les membres du Pavillon Montpensier, doit rendre particulièrement nerveux les partisans de la primauté absolue de la Constitution, autrement dit les défenseurs de l' « indépendance » du territoire constitutionnel. Or, contesté, fustigé, décrié : le fait est là, incontournable. Le contrôle européen tant des dispositions constitutionnelles que des décisions des Cours constitutionnelles est « le tribut à payer de l'adhésion de la France à un système juridictionnel international de type supranational »[83].

L'affaire *Zielinski* a pour cause immédiate le fait que les mêmes termes n'ont pas la même signification à Paris qu'à Strasbourg. La *polysémie* est au cœur des divergences interprétatives, notamment autour de la notion d'intérêt général. Pour la Cour européenne, seule une raison « impérieuse » peut être une cause justificative d'atteinte aux droits et libertés dont l'article 6§1 assure l'effectivité procédurale : il est en effet question d' « impérieux motifs d'ordre général » qui, seuls, peuvent justifier une dérogation à l'article 6§1 en matière de validations législatives[84]. Pour le juge du Pavillon Montpensier, la seule invocation de l'intérêt général « simple » en quelque sorte, est une cause justificative d'atteinte à la séparation des pouvoirs par une validation législative[85]. C'est cette dichotomie

[80] CEDH, 25 janvier 2000, *Slimane-Kaïd c. France*. La Cour a condamné la France car le rapport et le projet d'arrêt rédigés par le conseiller-rapporteur ont été communiqués à l'Avocat général et non aux parties ; CEDH, 8 février 2000, *Voisine c. France*. La Cour a également condamné la France, à cinq voix contre deux, au motif que le requérant n'avait pas bénéficié de la pratique selon laquelle l'Avocat général informe, avant le jour de l'audience, les conseils des parties du sens de ses conclusions, leur permettant ainsi de répliquer.

[81] Les affaires *Kress c. France* (DR, 10 février 2000), *APBP c. France* et *Immeubles Groupe Kosser c. France* (DR, 10 octobre 2000) mettent toutes en cause l'impossibilité pour les parties de répondre aux conclusions du Commissaire du gouvernement, et ce, malgré l'existence de la pratique de la « note en délibéré ».

[82] L. BURGORGUE-LARSEN, *AJDA*, 20 janvier 1998, pp.65-71 ; H. FAUPIN, *La semaine juridique*, n°20, 13 mai 1998, pp.877-882 ; J-F FLAUSS, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°4, 1998, pp.123-132 ; P. JAN, *RFDA*, 1998, p.999 ; P. TAVERNIER (obs.), *JDI*, 1, 1998, pp.221-223.

[83] J-F FLAUSS, *op.cit.*, p.848.

[84] S. BOLLE, « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France, *RFD adm.*, 16, nov-déc.2000, pp. 1254-1267.

[85] B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *RFD adm.*, mars-avril 2000, pp.289-299.

conceptuelle fondée sur l'importance des adjectifs qui a entraîné la censure, à l'unanimité, du juge constitutionnel français.

Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel a resserré son emprise sur le contrôle des lois de validation et, adossé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, il a érigé la notion « d'intérêt général suffisant » en paramètre de son contrôle de proportionnalité (entre l'atteinte portée à des droits individuels et l'intérêt général)[86], allant jusqu'à annuler une loi de validation pour défaut de base légale, considérant que l'absence d'indication du motif précis dont le législateur entendait purger l'acte était contraire aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789[87]. Est-ce que cela sera suffisant pour la Cour européenne ? Rien n'est moins sûr tant le contrôle européen est strict comme le démontre l'arrêt du 7 novembre 2000 *Anagnostopoulos et autres c. Grèce*[88].

Il faut dire également que le désaccord entre Paris et Strasbourg porte également sur l'importance à attribuer au risque financier en tant que motif d'intérêt général. Or ce point touche en réalité une question plus large qui concerne celle des *référents*. On sait que le Conseil est au service du texte constitutionnel et doit respecter la volonté expresse du constituant. Or, ce respect - qui légitime sa création et sa fonction - pose assurément des problèmes de conformité avec le système conventionnel. Et il faudra à l'avenir de plus en plus s'habituer au fait qu'un constat de constitutionnalité n'équivaut décidément pas à un brevet de conventionnalité, quand bien même l'osmose peut exister entre les deux types de procédures comme en atteste la décision d'irrecevabilité du 24 octobre 2000 rendue dans l'affaire *Thivet c. France*[89].

Si le Conseil est plus sensible que la Cour à l'argument du risque financier, c'est sans doute parce que depuis 1996 il doit s'évertuer à respecter le *principe de l'équilibre financier* posé à l'article 471 de la Constitution révisée, en prenant en compte ce nouveau principe à l'heure de l'examen des lois de financement de la sécurité sociale[90].

---

[86] Décisions du 29 décembre 1999 (99-425 DC, loi de finance rectificative pour 1999) et du 21 décembre 1999 (99-422 DC, loi de financement de la sécurité sociale pour 2000).

[87] Décision du 21 décembre 1999 (99-422 DC, loi de financement de la sécurité sociale pour 2000), *v.* B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant ' *made in France'* », *D.* 2000, n°4, p.VII.

[88] Le fait que la Cour des comptes grecque se soit fondée, même à titre subsidiaire, sur une loi de validation pour rejeter les recours des demandeurs, suffit pour que la Cour européenne considère qu'il y a eu immixtion du pouvoir législatif dans le fonctionnement du pouvoir judiciaire en vue d'influer sur le dénouement du litige.

[89] La Cour dans cette affaire s'est alignée *expressis verbis* sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, plus précisément la décision n°99-425 DC du 29 décembre 1999 rendue dans le cadre du tumultueux et passionné contentieux de l'indemnisation des *emprunts russes.* Alors que l'article 48 de la loi de finances rectificative pour 1999 définissait les conditions de mise en œuvre de l'indemnisation des créances − en déterminant que chaque porteur devait recevoir une somme forfaitaire, augmentée d'un montant proportionnel à la valeur totale du portefeuille dans la limite d'un plafond − la requérante soutenait qu'en raison du plafonnement de l'indemnisation, la somme qu'elle devait percevoir ne correspondait nullement à la valeur des titres qu'elle détenait et arguait d'une violation du droit de propriété et du principe d'égalité. L'alignement express de la Cour sur les motifs avancés en son temps par le Conseil pour déclarer conforme à la Constitution le texte, est suffisamment rare pour être relevé. Rappelant que l'article 1 du Protocole n°1 ne garantit pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale, dans la mesure où des objectifs légitimes « d'utilité publique » peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande (*v. Saints Monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994), le juge de Strasbourg s'aligne sur le raisonnement du gardien de la Constitution qui, s'arc-boutant sur l'objectif de solidarité poursuivi par le législateur, avait estimé nécessaire de concilier les intérêts différents des deux catégories de porteurs de titres, les modestes et les autres. Et la Cour de conforter ce constat constitutionnel en lui décernant un brevet de conventionnalité en constatant « *l'impossibilité absolue, du moins la très grande inopportunité, de mettre en œuvre une indemnisation strictement proportionnelle au montant des créances dues aux bénéficiaires de celle-ci, dont la requérante* ».

[90] Pour l'heure, toutefois, il est important de signaler que le Conseil constitutionnel a évité un autre arrêt de condamnation. Dans sa décision finale sur la recevabilité, *Stella c. France* du 18 juin 2002, la Cour à l'unanimité

On peut parfaitement imaginer que d'autres domaines puissent tomber sous le coup du contrôle conventionnel en mettant à l'index des décisions constitutionnelles qui n'ont pour leur part d'autres buts que de respecter la Constitution. La *détermination du corps électoral* en Nouvelle-Calédonie en fait partie. La Constitution a été révisée pour prendre acte du statut dérogatoire de la Nouvelle-Calédonie, qui restreint le corps électoral aux seuls résidents ayant séjourné dix ans sur le « caillou ». Or, il y a un problème évident de compatibilité avec la jurisprudence de la Cour, que les requérants *Sarran* et *Fraisse* avaient d'ailleurs parfaitement perçu. On pourra regretter qu'ils n'aient pas décidé de porter la question devant la Cour européenne des droits de l'homme, la saga jurisprudentielle en aurait été que plus passionnante.

La situation du Conseil constitutionnel est de plus en plus inconfortable. Certes, au lieu d'entreprendre avec la Cour européenne des pourparlers et d'opter pour le dialogue, le Conseil peut toujours décider l'affrontement en ne s'alignant pas sur la jurisprudence européenne. Mais l'issue de l'affrontement est connue : la sanction viendra de Strasbourg et atteindra toujours son objectif. Le caractère subsidiaire du mécanisme conventionnel octroyant à la Cour le pouvoir, sans doute exaspérant pour certains, mais toutefois bien réel, du « dernier mot ». La solution ne se trouve-t-elle donc pas, faute de l'absence d'une refonte d'envergure de ses prérogatives, dans une interprétation de la Constitution conforme à la Convention ?

Le « territoire constitutionnel » n'est pas, aujourd'hui, un territoire « souverain ». Le juge constitutionnel n'y possède ni la plénitude, ni l'exclusivité des compétences.

Ses compétences sont tout d'abord *tronquées* et ne ressemblent en rien à celles que les Cours constitutionnelles européennes possèdent d'une manière générale. Elles sont tronquées, tant par les ressorts du système juridique interne, que par ceux des systèmes juridiques trans-nationaux. Elles l'ont été dès les origines par le propre constituant qui a enfermé son action dans le cadre rigide et restreint du contrôle *a priori* abstrait. Elles l'ont été ensuite de son propre fait quand en 1975, le Conseil faisait du juge ordinaire, le juge international de droit commun en lui permettant, notamment, de mettre en oeuvre un contrôle matériel de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux. Elles l'ont été enfin par l'emprise des ordres communautaire et conventionnel qui ont placé l'ordonnancement constitutionnel et partant l'activité du juge constitutionnel, sous l'étroite dépendance des juges européens. Le juge communautaire a depuis longtemps fixé sa doctrine de la « primauté absolue », sans que le Conseil puisse réagir, rebondir, à tout le moins prendre position sur la question, avec les conséquences positives que le dialogue entre les juges constitutionnels et communautaire peut engendrer, quand bien même il revêtirait les contours de la résistance juridictionnelle. Le juge européen pour sa part, en plus de faire primer la Convention européenne, sanctionne l'activité du juge constitutionnel sans qu'il puisse ouvertement intégrer la Convention dans ses normes de référence afin de minimiser au maximum les risques de condamnation.

Ses compétences sont ensuite, logiquement, *partagées* essentiellement *ad intra* avec le juge ordinaire qui a investi le territoire constitutionnel. Ce dernier applique la Constitution à sa manière, tantôt en prenant de vitesse le Conseil constitutionnel (*Koné, Sarran, Fraisse, Aquarone, Kahafi*), tantôt en s'écartant de l'interprétation constitutionnelle, tantôt en étant

---

a rejeté les griefs des requérants comme étant manifestement mal fondés. Etait en cause, une fois de plus, une validation législative. Toutefois, l'espèce était particulière car, comme le relève la Cour « les requérants se plaignent de l'intervention du législateur non pas à un moment où une instance juridictionnelle à laquelle l'Etat se trouvait partie aurait été pendante, mais alors que le Conseil d'Etat avait rendu une décision faisant droit à leur demande. »

habilité par le législateur pour dégager un « bloc de fondamentalité » qui, de façon concrète va s'avérer plus crucial pour le justiciable que le « bloc de constitutionnalité ».

La question existentielle qui concerne la justice constitutionnelle en France aujourd'hui est celle de savoir si le Conseil constitutionnel va réagir et, si d'aventure la réponse est positive, savoir quelle sera l'allure de la riposte[91]. Une transfiguration complète de ses compétences au moyen d'une révision constitutionnelle[92] ou le coup de théâtre, attendu et réclamé par beaucoup, du revirement de jurisprudence[93] ?

[91] Nombreux sont aujourd'hui les auteurs qui plaident pour une évolution, sans forcément prendre parti sur les modalités particulières qu'elle pourrait revêtir *v.* en ce sens, B. MATHIEU, « Les validations législatives… », *op.cit.,* pp.297-299. A signaler l'analyse de F. DELPEREE qui, dans son ouvrage *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, 126p., plaide pour une refonte d'envergue des missions des juges constitutionnels européens, incluant le contrôle de conventionnalité ainsi que ce qu'il appelle un « contrôle d'européanité », autrement dit, un contrôle du droit dérivé.

[92] G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°75-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7, 1999, p.104.

[93] D. ROUSSEAU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1988-1999 », *Rdpub*., n°1-2000, p.29. Le point 3 de la chronique est suffisamment révélateur pour se passer de commentaires : « L'urgence de l'abandon de la jurisprudence de 1975. »